

## **Aproximación al requisito de la culpa por incumplimiento de obligación contractual en el Código Civil boliviano de 1975**

*Approach to the requirement of fault for breach of a contractual obligation in the Bolivian Civil Code of 1975*

Jorge M.F. Forgues\*

**Recibido:** 29.08.2016.

**Aceptado:** 18.03.2017

### **Resumen**

La presente exploración constituye una aproximación al debate doctrinal entre posiciones subjetivas y objetivas clásicas, referidas a la responsabilidad civil del deudor que no cumple algún tipo de obligación contractual. Este debate se origina en el hecho de que, en el caso del sistema de imputación subjetivo, el deudor es liberado de responsabilidad cuando ha cumplido la diligencia que le es exigible por ley y este cumplimiento constituye a su vez causal de imposibilidad de cumplimiento no imputable a su voluntad. En contrapartida, en el sistema de imputación objetivo, el cumpli-

---

\*Docente de la materia de Responsabilidad Civil por Daño, en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” – Unidad Regional La Paz. Contacto: forguesabogados@gmail.com

miento de las diligencias exigidas por ley, no constituye causa de imposibilidad de cumplimiento no imputable. El problema subyacente a dicho debate, surge de la interpretación del contenido y la relación de los artículos 302 (diligencia del deudor) y 339 (Responsabilidad del deudor que no cumple), del Código Civil boliviano de 1975 y de la confusión de las locuciones culpa-negligencia y culpa-incumplimiento. Como resultado, se ha formulado la hipótesis que sintéticamente afirma: es vana la discusión doctrinal entre las mencionadas posiciones, en razón a que ambos sistemas coexisten en el contenido del Art. 339 y que, la aplicación de una u otra, depende de la naturaleza de la obligación contractual incumplida. Con el corolario que el Art. 302 debe ser interpretado restrictivamente al ámbito de imputación subjetiva.

*Palabras clave:* imputación objetiva y subjetiva / culpa-negligencia / culpa-incumplimiento / deberes de conducta / cláusula general de la norma / especies de responsabilidad por incumplimiento contractual.

## **Abstract**

The present exploration constitutes an approach to the doctrinal debate between classic subjective and objective positions, referring to the non-performance of contractual obligations that gives rise to a debtor's civil liability. The debate starts when, against the objective system, the subjective system frees the debtor of his liability in instances when he would fulfil his duty to observe due diligence –but not his contractual performance– and this compliance is considered a cause of impossibility of non-attributable compliance at his will. The underlying problem arises from the

interpretation of the content and relationship between articles 302 (debtor's diligence) and 339 (responsibility of the not complying debtor) of the Bolivian Civil Code of 1975 and the confusion emerging from the locutions fault-negligence and fault-performance. As a result, the author formulated a hypothesis: the doctrinal discussion is vain since both systems coexist in the content of Art. 339, hence its application only relies on the nature of breach of contract. With the corollary that Art. 302 must be understood restrictively over the subjective imputation system.

*Keywords:* objective and subjective imputation / fault-negligence and fault-performance / behavioral duties, general clause of the norm / species of responsibility for breach of contract.

## **1. Clasificación asistemática de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual**

De acuerdo al Código Civil napoleónico (1804), las fuentes de obligaciones son el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, elementos que fueron adoptados por el Código Civil (CC) boliviano de 1831 y que condujeron a que la doctrina de la época clasifique la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, lo cual subsiste en gran medida hasta hoy en día. El criterio que posiblemente se tomó para tal clasificación, según supone Giovanna Visintini (1999), fue el de la mayor cantidad y frecuencia de casos que devenían, de la entonces llamada responsabilidad civil contractual, para dejar todas las demás fuentes en la especie responsabilidad extracontractual.

Posteriormente, se generó la discusión doctrinal sobre si el sistema de responsabilidad civil era uno solo, cualquiera sea la fuente, o era diferente el de la responsabilidad que surge del hecho ilícito,

por entonces subespecie de la responsabilidad extracontractual. Discusión ésta que aún se encuentra en la doctrina actual.

El CC boliviano de 1975 establece sistemática y tratamiento diferentes a las fuentes de las obligaciones. Ellas se encuentran identificadas y normadas en la parte segunda (de las fuentes de las obligaciones) de su libro tercero (de las obligaciones), las mismas que devienen en las especies: el contrato (título I), la promesa unilateral (título III), el enriquecimiento ilegítimo (título IV), el pago de lo indebido (título V), la gestión de negocios (título VI) y de los hechos ilícitos (título VII). Morales Guillén (1977), observa en esta clasificación la ausencia del abuso del derecho, regulado como fuente de obligaciones en muchas de las legislaciones modernas.

Por otra parte, la responsabilidad civil precontractual, como otra fuente de obligación, conlleva la necesaria determinación de su naturaleza jurídica. Por ahora, una corriente doctrinal la considera hecho ilícito y otra como una especie autónoma (Art. 465 culpa precontractual).

Asimismo, el Art. 294 (fuentes de las obligaciones) dispone que son fuentes de obligaciones las que derivan de los hechos y actos que conforme al ordenamiento jurídico son idóneos para producirlas. Disposición legal cuya justificación, pese a su criticada redacción, es incorporar formalmente en el sistema de fuentes de las obligaciones a otras especies aplicables, en razón del carácter supletorio del Código Civil. Se cita como ejemplos a aquellas obligaciones originadas en daños medioambientales o en daños al consumidor.

Vale la digresión de considerar el Art. 23 (inviolabilidad) de los derechos de la personalidad, cuyas transgresiones, si bien corres-

ponden a la especie de acto ilícito, tienen la virtud de disponer la resarcibilidad del daño moral, que se encuentra limitada a los casos expresamente previstos por ley según el parágrafo II, del Art. 994.

De lo expuesto se desprende que el criterio de clasificación de la responsabilidad civil atiende a la fuente de la obligación. Siguiendo este criterio, se infiere que el género responsabilidad civil tiene tantas especies como fuentes de obligaciones existan y, en consecuencia, se usará la locución *responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual*.

Resultan ilustrativas las consideraciones que al respecto genera Visintini (1999), quien afirma que “la regulación sobre la responsabilidad precontractual del Código Civil italiano de 1942, ha dado lugar a un tertium genus, como fuente diversa de la responsabilidad contractual y de la extracontractual”. Con esta afirmación pareciera dar reconocimiento implícito a la clasificación de la responsabilidad en contractual y extracontractual y no es así, porque al referirse al Art. 1173 del CC italiano (1942), que corresponde al Art. 294 (Fuentes de las obligaciones) del CC boliviano, señala que “el área de la responsabilidad del deudor va más allá de la de los incumplimientos contractuales y que, al ser este último de casuística más rica, la doctrina usa la denominación impropia e inexistente en su código civil de ‘Responsabilidad Contractual’” (p. 234). Al respecto, cabe dejar sentado que no justifica su impropiedad el hecho que la normativa sobre responsabilidad civil no menciona a la responsabilidad contractual, ya que la regulación en esta materia, tanto en el CC italiano de 1942 como en el CC boliviano de 1975, es deficiente y confusa, como también rezagada, lo que dio lugar a que la jurisprudencia

supla estas deficiencias e incluso legisle sobre la materia, como afirma dicha tratadista. Sin embargo, se está de acuerdo con la calificación de impropiedad de las especies contractual y extracontractual y a la que algunos agregan la precontractual, por el uso limitado de diferencias específicas, dejando de lado a una cantidad importante de otras especies.

Sin embargo, la clasificación de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones, hoy en día, constituye un constructo inacabado del derecho y la clasificación que se propone tiene el propósito de contribuir a tal constructo en el ámbito del derecho boliviano.

## **2. La culpa, su gradación y su recepción en los códigos civiles de 1831 y de 1975.**

El CC boliviano de 1831 contempla, al igual que su fuente el CC napoleónico, el principio del derecho natural de no dañar, mediante normativa expresada en su capítulo II de los delitos y cuasidelitos, del título IV de las obligaciones que se contraen sin convenio, ambos del libro tercero de las diferentes maneras de adquirir la propiedad.

El Art. 967 dispone que no solo son responsables todos aquellos que causen daño sino también aquellos que lo hayan producido por su negligencia o imprudencia, consideradas como especies de la culpa en sentido estricto. Además, primaba y aun prima el principio de que en materia de responsabilidad por hecho ilícito se es responsable aun por la más mínima culpa que produzca daño. El CC de 1975 continúa esta tradición bajo su título VII *de los hechos*

*ilícitos*, de la parte segunda *de las fuentes de las obligaciones* de su libro tercero.

Ahora bien, considerando que el tema en exploración es el de la culpa como requisito de responsabilidad civil por incumplimiento de obligación contractual es necesario precisar que, de acuerdo a lo observado por Visintini (1999) respecto a esta materia, el sistema de culpa reconstruido con base al Derecho Romano por Robert J. Pothier, y propuesto para su inserción al CC napoleónico, no fue aceptado como se proponía para todo el sistema de incumplimiento de obligaciones, sino tan sólo para el deber de diligencia en la custodia de la cosa y exclusivamente en expresas especies de obligaciones, lo cual se mantuvo tanto en el CC italiano de 1865 como en el CC de 1975.

A continuación, se analiza el tránsito del régimen de las normas sobre incumplimiento de obligaciones del CC Santa Cruz de 1831 al actual de 1975, cuyo desarrollo guarda similitud con el tránsito entre los códigos italianos de 1865 al de 1942 y que trae consigo significativos cambios al sistema de la responsabilidad civil.

El CC de 1831 regula las obligaciones y los contratos en su libro tercero *de las diferentes maneras de adquirir la propiedad*, cuyo título III *de los contratos o de las obligaciones convencionales y generales*, regula los efectos al incumplimiento de obligaciones de forma dispersa. Tal es así que los encontramos insertos en la regulación de las obligaciones de dar (capítulo VIII), las de hacer y no hacer (capítulo IX) y la de daños e intereses por incumplimiento (capítulo X).

En cuanto a las *obligaciones de dar*, el Art. 728 dispone: “La obligación de dar trae consigo la de entregar la cosa y conservarla

hasta su entrega, bajo pena convencional, que se haya impuesto, y en defecto de esta la de satisfacer daños e intereses al acreedor, por autoridad judicial”. El Art. 729 a su vez dispone: “La obligación de velar en la conservación de la cosa, sea que la convención tenga por objeto la utilidad común no solo la de una de las partes, resta a la obligación de cuidar de la cosa con todo esmero de un buen padre de familia. Esta obligación es más o menos extensa relativamente a ciertos contratos, cuyos efectos a este respecto se explican en los títulos correspondientes”. El Art. 730 dispone la mora para el obligado incumplido, si se le ha requerido cumplimiento o cuando se haya pactado mora o por el solo transcurso del tiempo. A su vez, el Art. 731 remite, respecto a los efectos de la obligación de dar, a los títulos VI *de la venta* y al título XX *de los privilegios e hipotecas*. En el de la venta el Art. 1029 dispone ante la falta de entrega de la cosa vendida la facultad para el comprador de resolver el contrato o pedir la posesión. El Art. 1030, dispone la condena a daños e intereses al vendedor en cualquiera de las hipótesis anteriores. En el título XX no encontramos norma relativa a los efectos del incumplimiento de obligaciones.

En cuanto a las obligaciones de hacer y no hacer sus artículos 735 al 738 disponen que, a falta de cumplimiento, resultarán daños e intereses, que el acreedor tiene el derecho de solicitar la destrucción de lo hecho a cuenta del obligado más daños e intereses si ha lugar y, en cuanto a las obligaciones de no hacer, la facultad de cobrar daños e intereses.

En cuanto a los daños e intereses resultantes del incumplimiento sus artículos 739 al 747, reiteran la obligación del deudor a satisfacerlos ya sea que estos provengan de mora o de incumplimiento. Establecen a la causa ajena, al caso fortuito y a la fuerza mayor

como eximentes de responsabilidad. Señalan los límites de la cuantificación de los daños, circunscritos a los daños previstos o que han podido preverse si no hubo dolo del deudor, así como a los inmediatos y a los directos. Finalmente reconocen la aplicación de la cláusula penal y la posibilidad de capitalizar intereses si estos se debieran por más de un año.

Del análisis de los artículos transcritos y parafraseados, se deduce lo siguiente: el deber de custodia de la cosa está dispuesto solo para las obligaciones de dar, puesto que revisado el capítulo que le sigue y que corresponde a las restantes obligaciones de hacer y no hacer, no se encuentra exigencia de deber de diligencia alguna. Por otra parte, se observa que el deber de custodia junto al de entregar, son deberes accesorios a la obligación de dar y que los tipos de diligencia del buen padre de familia y guarda de las propias cosas, que corresponden a los grados culpa en abstracto y culpa en concreto, admiten moderación de mayor o menor rigor en su exigibilidad.

De la revisión de la normativa sobre contratos especiales del mismo CC de 1831, que cuentan con expresa regulación sobre el deber de custodia y el tipo de diligencia aplicable, encontramos que: el gestor de negocios, está obligado a la diligencia de tipo buen padre de familia y confiere al juez la facultad de moderar esta exigencia, tomando en cuenta los motivos que le impulsaron a tal gestión (Art. 958). En cuanto a los contratos de comodato, el comodatario está obligado a la guarda y conservación de la cosa como buen padre de familia, pero sin la facultad de moderación prevista en el artículo (Art. 1243), que, en cuanto al depósito considerado esencialmente gratuito (Art. 1277), dispone para el depositario la obligación de la guarda de la cosa depositada con los mis-

mos cuidados que emplea en la guarda de las suyas propias, guarda que corresponde a la culpa leve en concreto y, a continuación, dispone que en la diligencia de guarda de la cosa depositada, se exigirá mayor rigor en los cuatro supuestos de hecho que prevé y que equivalen, de alguna manera, al depósito oneroso (Art.1287). Por otra parte, el acreedor prendario debe custodiar la prenda del mismo modo que si fuese cosa propia (Art. 1422). Así mismo, llama la atención que no haya tipificación de diligencia alguna para el mandato.

Del análisis de lo expuesto, se infiere que el CC de 1831 reguló el requisito de la culpa-negligencia para el deber de custodia, en el ámbito de los contratos especiales, y solo para algunos de ellos. Omitió el requisito de la diligencia en cualquiera de sus grados para las obligaciones y contratos en general.

Algo similar ocurrió con el CC napoleónico, sin embargo y de contrario, siguiendo a Visintini (1999), la doctrina dominante de la época de su promulgación y durante buena parte del siglo XIX, a partir del principio de que no hay responsabilidad sin culpa, de influencia canonista, sostuvo que la responsabilidad por incumplimiento contractual, cualquiera que sea este, requería del requisito de la culpa-negligencia, con el agregado de que la culpa en sentido estricto se presumía por el solo incumplimiento de la obligación contractual y que el dolo debía ser probado por el acreedor. A esto se suma que, a principios del siglo XX, se dio una nueva clasificación de las obligaciones, atribuida por la doctrina francesa a Demogue, que las distinguía en obligaciones de medios y de resultados. Ello trajo como una de sus consecuencias, que la presunción de culpa del deudor por su solo incumplimiento admita excepción en algunas de las obligaciones de medios y en las que,

para la atribución de responsabilidad del deudor, el acreedor debía probar la culpa-negligencia, la culpa-imprudencia, la culpa-impericia y/o la culpa *in re ipsa*.

El CC de 1975, mantiene en términos generales los tipos de gradación de la culpa y la sistemática del CC de 1831. Esto es, los ubica en el apartado que corresponde a los contratos en particular y solo para casos en los que los supuestos de hecho de la norma prevén el deber de diligencia en la custodia, con algunos cambios, como el de incorporar la culpa leve en abstracto para el depósito oneroso en vez de la aplicación de un mayor rigor de la culpa en concreto. Incluye el deber de diligencia del tipo buen padre de familia como conducta obligatoria del mandatario, pero, inexplicablemente, sin la facultad de moderación que se cree necesaria. Al respecto, tómese en cuenta por ejemplo los criterios de la gratuitad u onerosidad del mandato y la de la mayor o menor experticia del apoderado. Criterios estos, que se dan en los hechos y que por simple lógica inducen a la necesaria facultad de ponderación.

A pesar de lo expresado y al igual que el CC italiano de 1942, el CC de 1975, hace una muy importante innovación, que llama significativamente la atención y ahonda el debate de las posturas doctrinales subjetiva y objetiva del sistema de imputación de responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual. Se trata del Art. 302 (Diligencia del Deudor), ubicado en el Título I del efecto de las Obligaciones, Parte Primera de las Obligaciones en general, del Libro Tercero de las Obligaciones. Por la ubicación de este artículo, situado entre los principios generales de las obligaciones, se infiere que, en toda obligación, cualquiera sea su fuente y cualquiera sea su especie o contenido, el deudor debe emplear la diligencia del tipo *buen padre de familia*. Por otra par-

te, además de tal extensión, omite otorgar al juzgador la facultad de moderación de la diligencia exigida.

Con ello se abre la interrogante de si el Art. 302 (Diligencia del deudor) del CC de 1975 viene a constituir una causal de inimputabilidad por incumplimiento de obligación, debido al cumplimiento de la diligencia exigible.

En conclusión, podría afirmarse que el CC de 1975, asume a la culpa, su gradación y su función, en términos generales al igual que el CC de 1831, continuando la tradición que deviene del CC napoleónico de 1804, salvo por la importante y conflictiva innovación descrita.

### **3. Los deberes de conducta de los sujetos de la relación obligatoria**

La tercera norma del Libro Tercero de las obligaciones en general, bajo el Título I del efecto de las obligaciones, Capítulo - I Disposiciones generales, el Art. 293 (Relaciones entre acreedor y deudor) del CC de 1975, dispone que las relaciones entre acreedor y deudor, en cuanto al ejercicio de sus derechos y garantías, se rigen por lo dispuesto en el Libro Quinto del ejercicio, Protección y Extinción de los Derechos). La ubicación de esta norma corresponde a la de los principios generales para todo el régimen de las obligaciones.

Por su parte, el primer artículo del Libro Quinto dispone en su Art. 1279 (Principio), que los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a su naturaleza y contenido específico, que se deducen por las disposiciones del ordenamiento jurídico, las

reglas de la buena fe y el destino económico-social de esos derechos y deberes.

En este acápite se fija la atención en la locución *las reglas de la buena fe*, de la cual deviene *el principio general y supremo de la buena fe* y, a través de este, *los deberes de conducta*, a observarse en toda relación jurídica y, en específico en las relaciones que devienen de la obligación, y a las que la doctrina ha denominado deberes de conducta, tanto del acreedor como del deudor.

A continuación, se analizará el principio de la buena fe y en el apartado siguiente el tema de su aplicación, que requieren la conceptualización de la denominada *clausula general de la norma*.

La locución buena fe es de fácil entendimiento en el lenguaje común y lo es aún en la multiplicidad de sus aplicaciones; sin embargo, no lo es al momento de otorgarle contenido técnico jurídico, porque presenta alta complejidad, que de acuerdo a lo mencionado por Solarte (2004), cuenta con altos niveles de abstracción y complejidad.

A decir de Fueyo (1997), la buena fe, es una expresión ética cuyo fin es asegurar las relaciones emergentes de la convivencia social. El concepto se construye a partir de la conciencia social del hombre, quien a su vez la reconoce y la asume elevándola a la categoría jurídica, a través de normas positivas.

Dentro de la diversidad de estudios que ha motivado la buena fe, se encuentra la concepción clásica, que diferencia la buena fe entre subjetiva y objetiva. De Los Mozos citado por Solarte (2004), afirma que la diferencia entre estas reside en que:

una aplica una regla de conducta y la otra facilita una legitimación o configura una titularidad, con base en aquella conducta (valorando la intención del sujeto, o su creencia o error), con lo que su función es distinta, a pesar de su unidad de origen y, por tanto, difieren también en la forma de su instrumentación, presentando aspectos diferentes que se compaginan con las dos formas que tienen de presentarse en el derecho: como normativa y como facultad (p. 287).

Emilio Betti (1969), además de situarse en la corriente de la división de la buena fe en subjetiva y objetiva, otorga conceptos y subespecies a cada una de ellas:

La buena fe subjetiva, consiste en una actitud o estado de conciencia de la persona y que la lleva a actuar bajo *ignorancia* o bajo *error*. Bajo ignorancia, cuando lesiona intereses ajenos que pueden ser validados por la ley, habida cuenta del cumplimiento de otros requisitos que le acompañan en los supuestos de hecho de la norma, como en el caso de la usucapión. Bajo estado de error, cuando la persona se encuentra erróneamente convencida en la aparente legitimación ajena o, dicho de otra manera, consiste en el error de considerar como titular de un derecho a quien no lo es, así como asumir carga a la que no está obligada, como en el caso del acreedor aparente.

La buena fe objetiva, según Betti (1969), consiste en un criterio de conducta, entendido como comportamiento exigible y traducido, entre otros, en deberes anexos al deber de prestación. Deberes estos, que los clasifica en tres subespecies: la primera, de *lealtad* y *probidad* a observarse en las etapas: precontractual, de formación del contrato, en su ejecución y, aun después de cumplido respecto

de sus efectos. La segunda, como *criterio de conducta*, que consiste en la activa cooperación de los sujetos activo y pasivo de la relación obligacional y comprende, entre otros posibles, los deberes de información, seguridad y protección. La tercera, como *criterio hermenéutico de interpretación del contrato*, por la que se integran deberes que pudieran no ser explícitos, como ser los deberes de protección y seguridad.

Otra sub clasificación, atribuida por Visintini (1999) a la doctrina italiana, sobre el principio general de la buena fe como deberes de conducta, otorga las subespecies de: *deberes de aviso o comunicación, deberes de custodia y conservación, deberes de salvamento y deberes de seguridad*.

José María Gastaldi (2004), propone otra clasificación basada, según él, en el contenido técnico jurídico. De ella resulta que: una especie denominada *buena fe*, cuya función es la de integrar de forma expresa los supuestos de hecho de la norma positiva y la otra especie, denominada *principio general de la buena fe*, destinada a regular los deberes de conducta en toda relación jurídica. Textualmente dice:

la buena fe ‘a secas’, que es un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho, del ‘principio general de la buena fe’, que engendra una norma jurídica completa, que se eleva a la categoría de ‘principio general del derecho’, por lo que se concluye que todos los integrantes de una comunidad jurídica tienen el deber de comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones, es decir, que deben adoptar un comportamiento leal tanto en la formación como en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, pro-

yectándose desde dos direcciones: los derechos, que deben ejercerse de buena fe, y las obligaciones que tienen que cumplirse de la misma forma. Se la califica así como un ‘estándar ético’. (p. 303)

Se observa que las especies de buena fe propuestas por Gastaldi, no difieren en contenido y solo difieren en la nomenclatura, respecto de las denominadas por la doctrina como subjetiva y objetiva. Sin embargo, se adoptan las del mencionado tratadista, en razón a que la especie denominada principio general de la buena fe ha progresado en uso, generalización y jerarquía, al extremo de habersele agregado el adjetivo *supremo* por lo que hoy recibe la denominación de principio general y supremo de la buena fe.

Lo expresado hasta aquí, requiere de una precisión importante, cual es la de afirmar que la clasificación de la buena fe, ya sea en subjetiva y objetiva como en buena fe *a secas* o como principio general de la buena fe, cuentan con validez lógica, doctrinal y jurisprudencial. En cambio, las sub clasificaciones transcritas de los *deberes de conducta* que devienen del principio general de la buena fe, solo tienen función de orientación, debido a que las mismas son de muy variada índole como lo son las relaciones obligatorias y sus respectivos contenidos y, por otra parte, las transgresiones a dichos deberes, también son de lo más variadas tal como lo es la inventiva humana en sus inconductas.

Respecto de la vigencia y aplicación de mencionado principio general, y habida cuenta de que son muchos los países del derecho continental que no cuentan con norma expresa que lo consagre, se consideran importantes las opiniones siguientes: “La propia noción del derecho, los órdenes jurídicos generales, y aún más, la moral,

inducen a considerar involucrada la buena fe en los Códigos civiles como principio general de Derecho” (Fueyo, 1997, p. 145). Por su parte, Larenz, citado por Gil y Gil (1994), afirma que:

Es inadmisibles todo ejercicio de un derecho que infrinja en el caso concreto las ‘buenas costumbres’ o las consideraciones que dentro de la relación obligatoria o de otra especial vinculación jurídica está obligada a adoptar cada parte respecto a la otra, según la buena fe (p. 98).

Es así que la jurisprudencia de muchos países acude a los razonamientos transcritos u otros para aplicar el principio general de la buena fe. Otros lo hacen vía interpretación extensiva, como por ejemplo Italia, que en el Art. 1175 (Comportamiento conforme a la corrección) de su CC de 1942, lo usa mediante interpretación extensiva al propósito enunciado. Por su parte, Argentina lo ha incorporado recientemente en su nuevo CC de 2015.

El cuanto a una de las funciones adicionales del principio, que se considera de relevancia significativa, Franz Wieacker, citado por Solarte (2004), afirma que:

El principio general de la buena fe ha contribuido a enfrentar los excesos del positivismo jurídico, pues mediante su aplicación, como ‘cláusula general’ o como ‘válvula’, se permite al juez realizar una labor jurídica creativa, cercana a las necesidades de la vida cotidiana, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de un momento y un lugar determinado (p. 290).

A manera de conclusiones de este apartado, se puede afirmar que: los deberes de conducta que devienen de la buena fe, en su faz objetiva y denominada principio general y supremo de la buena fe,

incluyen subespecies que están constituidas por los *deberes de lealtad y probidad*, aplicables desde la etapa precontractual hasta la post contractual; el de *activa cooperación*, que comprende los deberes de información, seguridad y protección; el de *salvamento* y el de *seguridad*, muestran por sí solas un sistema mucho más completo y útil que el sistema de la culpa y su gradación. Y, por otra parte, que la violación a dichos deberes de conducta, por su condición de elementos accesorios e instrumentales a las obligaciones, da lugar a responsabilidad civil y, en ocasiones, aún por la sola transgresión a dichos deberes, con prescindencia del cumplimiento o incumplimiento de la prestación debida.

#### **4. El principio general de la buena fe como cláusula general de norma.**

El principio general de la buena fe, contenido en el Art. 1279 del CC de 1975, además de regir los deberes de conducta, como elemento accesorio e instrumental del deber de prestación de las obligaciones, constituye también cláusula general.

Se entiende por cláusula general, a la norma o a parte de ella, por la que el legislador faculta al juez, ya sea a tipificar o a completar supuestos de hecho, en el caso concreto sometido a su juzgamiento, debido a la imposibilidad del mismo legislador de normar una casuística muy amplia e inagotable.

Una de estas cláusulas generales está constituida por el *principio general de la buena fe*, como deberes de conducta y es aplicable a todo ejercicio de derechos y a todo cumplimiento de deberes. En el caso de los deberes de conducta, como elemento instrumental de las obligaciones, opera en su faz negativa, ya que corresponde al

juez del caso concreto tipificar las transgresiones a los deberes de conducta de las partes, vinculadas por la relación jurídica obligacional, para atribuir responsabilidad al transgresor.

Gil y Gil (1994), hace una precisión en el concepto de cláusula general, al señalar que ésta es una técnica legislativa que permite dotar de consecuencia jurídica a una diversidad de supuestos de hecho concretos y no tipificados. Dice que al desempeñarse en forma de supuesto de hecho de descripción general y sin la precisión requerida por la técnica jurídica, permite que el juez del caso concreto la precise. Además, señala que

en la actividad normativa, el recurso a las cláusulas generales se resuelve en una renuncia parcial a legislar y, más en concreto, en una renuncia a dictar reglas minuciosas y taxativas, y en la determinación, por el contrario, de una tabla de valores para el uso de quienes han de aplicar las normas así previstas; ello comporta una ampliación de los poderes del intérprete y, de modo particular, del juez (p. 92).

Desde luego que, la facultad concedida al juez de tipificar la transgresión a deberes de conducta, permite moderar tal tipificación a través de la cuantificación del daño. Tal es el caso de la transgresión a cualquier deber de conducta que impide el cumplimiento del mandato y cuyo mandatario, en un caso, se obligó gratuitamente y con falta de experticia en la materia, extremo que era de conocimiento del mandante y, otro caso, en que el mandatario es profesional en la materia y cobra por su servicio.

Se estima que este sistema de deberes de conducta, previsto en el Código Civil de 1975, en lo que concierne a la relación obligatoria es mejor que el del sistema de la culpa y que bien podría re-

emplazarla al menos en el ámbito contractual. Se insiste una vez más, que la gradación de la culpa fue diseñada para la función de declarar al agente culpable o no culpable, según haya o no empleado la diligencia exigible en el deber de custodia, y luego ampliada más allá de dicho deber de diligencia, dando lugar a las culpas por imprudencia, impericia e in re ipsa, que se aplican en algunas obligaciones de medios. Dichas funciones están vigentes en el CC de 1975 pero, como sucede en los hechos, no son suficientes para cubrir el colectivo de transgresiones al principio general de la buena fe. En cambio, el sistema de deberes de conducta sí logra tal magnitud.

Comparando los sistemas de culpa-negligencia con el de los deberes de conducta, considérese el caso del deudor que otorga cumplimiento exacto de la prestación debida, esto es, atendiendo a los principios de identidad, integridad, localización y temporalidad del objeto de la obligación y que, sin embargo, resulte condenado al resarcimiento civil de daños, en razón a que su cumplimiento es calificado de violatorio a deberes de conducta que devienen del principio general de la buena fe. Tal el caso del deudor que dejó en la puerta de la industria incendiada materia prima perecible, siendo que sabía con antelación a su pretendido cumplimiento, del incendio ocurrido en dicha fábrica y además de que contaba con posibilidades ciertas de conservar dicha materia prima y colocarla entre sus clientes. También se tiene el caso de violación del deber de conducta por parte del acreedor. Tal el suceso por el cual el deudor, que por equívoco entrega objeto diferente al convenido y oportunamente, esto es en el mismo día, pretende rectificar su equívoco y tropieza con el hecho de que el acreedor no se lo permite y luego éste le inicia acción de resolución contractual por

incumplimiento, pidiendo, además, resarcimiento de daños. Casos como estos, encuentran correcta solución a la luz del sistema de los deberes de conducta basados el principio general de la buena fe, en los que no sería posible aplicar el sistema de la culpa.

## **5. Imputaciones subjetiva y objetiva de responsabilidad civil por incumplimiento de obligación contractual**

La diferencia entre los sistemas de imputación subjetiva y objetiva de responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual, radica en el hecho de que el sistema subjetivo exige el requisito de la culpa y el objetivo prescinde de ella.

Promulgado el CC italiano de 1942, cuyo Art. 1176 dispuso como exigible la conducta del tipo buen padre de familia en el cumplimiento de todas las obligaciones, produjo para gran parte de su doctrina (y no tanto así para su jurisprudencia), la consagración del principio de no haber responsabilidad sin culpa en el incumplimiento de toda obligación contractual, con ello, se generó dificultad interpretativa del Art. 1218 (Responsabilidad del deudor que no cumple) del mismo código, que dispone la responsabilidad del deudor que no cumple, a menos que pruebe su imposibilidad de cumplimiento sea por causa no imputable a él. Este mismo problema se presenta entre los artículos. 302 y 339 de nuestro CC de 1975, razón por la cual recurrimos a la doctrina italiana sobre este particular.

## **6. Doctrina subjetiva**

Doménico Barbero (1967), consciente de la existencia de la doctrina objetiva sobre el tema en análisis, sostiene que la exigencia de un determinado tipo de diligencia en aplicación del Art. 1176

del CC italiano del 1942, trae consigo la inferencia de que el deudor que empleó la diligencia exigida por ley, no es imputable de responsabilidad y que tal consecuencia es la base de la doctrina de la culpa contractual. Agrega que, quienes con base al Art. 1218 del mismo código, niegan que el uso de la diligencia debida sea causa de eximente de responsabilidad y se basan solo en la imposibilidad de la prestación, generan contradicción irreductible entre ambas normas y que, de ser así, habría que eliminar tal contradicción, aun a costa de eliminar una de las normas vía interpretación abrogatoria. Ante esta situación, propone encontrar la conciliación entre las mismas, aunque, para ello, haya que desecher posturas doctrinales tradicionales.

Tal conciliación, parte de la afirmación de que el deudor se obliga a lo que debe y se puede dar como fundamento irrefutable, y que una correcta interpretación del Art. 1218 (Responsabilidad del deudor que no cumple), debe contener el presupuesto de que el deudor que no cumple lo que debe y puede será responsable del daño, poniendo énfasis en el puede. Con este presupuesto deviene la conciliación entre ambas normas: el deudor que puede emplear y que sí emplea la diligencia que le es exigida por ley, ya no está obligado a una mayor diligencia y es esta circunstancia, la que da inicio a la imposibilidad de cumplir y su subsecuente liberación de responsabilidad.

Previendo críticas a su opinión, afirma que puede ser tildado con la proposición de que, expulsada la culpa por la puerta, se la pretenda meter por la ventana, extremo que no admite. Para él, una de las causas de imposibilidad no imputable es la de haber cumplido con la diligencia exigible.

Se observa que la liberación del deudor que no cumple, depende de una causa que determine su *imposibilidad* de cumplir. En cambio, con la argumentación de Barbero (1967), puede darse el caso de que la obligación sea posible de cumplimiento, pero con una diligencia mayor a la exigida por ley y que el deudor quede liberado. No se estima que fuese así, por la simple irreductibilidad del vocablo *imposibilidad*. Además, se califica de peligroso el argumento criticado, por el riesgo de abrir las eximentes de responsabilidad que se encuentran circunscritas a escasas y específicas situaciones, como ya se vio.

Francesco Messineo (1971), admite el deber de diligencia del tipo buen padre de familia dispuesto por el Art. 1176 del CC italiano de 1942, correspondiente al Art. 302 del CC boliviano (Deber de diligencia), sin observación ni cuestionamiento alguno y agregando a manera de aclaración que el deudor debe usar los cuidados y las cautelas necesarias a la naturaleza de la relación obligatoria concreta, es decir, ponerse en condición de poder cumplir.

Al abordar el tema del incumplimiento voluntario, ya de comienzo, afirma la existencia de dos elementos contenidos en el Art. 1218 del CC italiano, fuente del Art. 339 del CC boliviano (Responsabilidad del deudor que no cumple), uno objetivo que consiste en el incumplimiento mismo y el otro, subjetivo, consistente en el comportamiento del deudor, en el hecho de ponerse en posición de cumplir.

En este segundo elemento, polariza las situaciones posibles, con la afirmación de que si hay incumplimiento es porque el deudor no ha podido o bien porque no ha querido cumplir con la diligencia exigida. Afirma también, que el concepto de culpa contractual no se comprende sino solo como violación al deber de dili-

gencia. Para él y de forma casi textual, el incumplimiento está adscrito por ley al comportamiento culposo del deudor.

Se estima que Messineo pretende conciliar las disposiciones legales en análisis al incorporar al Art. 1218 los elementos objetivo y subjetivo y lo hace con afirmación positiva universal. Sin embargo, en las consideraciones que hace sobre las especies de incumplimiento contractual al respecto, no se ha encontrado reafirmación de su propuesta y, por el contrario, analiza casos en los que sí es de aplicación el elemento subjetivo, por compartir todos ellos el carácter de excepción a la presunción de culpa del deudor que incumple, como establece el propio sistema de imputación de responsabilidad subjetiva. Expone casos de liberación de responsabilidad previstos para el cumplimiento del deber de custodia de su código civil, los mismos que, como se tiene afirmado, son determinados por ley, son escasos y no provocan ni provocaron discusión doctrinal mayor. Cita como ejemplos, entre otros, al depósito común y al comodato, en los que sí se da liberación del deudor por cumplimiento de la diligencia exigible. Por otra parte, se reitera la observación de confundir culpa negligencia con la culpa contractual.

## **7. Doctrina objetiva**

Sergio Urrejola Santa María (2011), eminente profesor y publicista chileno, propugna la responsabilidad objetiva por incumplimiento contractual, admitiendo excepción menor. Parte de la concepción clásica de la culpa contractual, compuesta por dos elementos “uno *objetivo*, que prescinde de la valoración de la conducta desplegada por el deudor, y otro *subjetivo*, que necesita valorar negativamente su conducta para constatar la culpa”. Afirma la necesi-

dad de un nuevo enfoque al que tradicionalmente se ha venido ejerciendo, el mismo que produciría dos importantes cambios:

Señala que el primer cambio de enfoque se da respecto de los párrafos 1 y 3 del Art. 1447 del CC chileno, mismo que consiste en observar que carecen de aplicación general y están dispuestos solo para algunas obligaciones de medios. Los párrafos aludidos disponen: el primero que el deudor es responsable solo de culpa lata (grave) cuando el contrato es útil solo para el acreedor, de culpa leve cuando beneficia a ambas partes y de culpa levísima si beneficia solo al deudor. El tercero que la prueba de la diligencia corresponde a quien debía emplearla y la prueba del caso fortuito a quien la alega.

El segundo, según este tratadista, está referido al concepto o definición esencial del vocablo *incumplimiento contractual* que no admite entre sus elementos a la reprochabilidad, por la misma razón que la expuesta para el primer cambio de enfoque, ya que el elemento subjetivo, como valoración negativa de la conducta, se puede aplicar sólo en el evento de inejecución de ciertas obligaciones de hacer.

Afirma que los requisitos para imputar responsabilidad del deudor por incumplimiento contractual varían dependiendo de si el incumplimiento se da en obligaciones de dar y no hacer, y en algunas de hacer. Con base en ello, afirma que al estar ausente el elemento subjetivo en la mayoría de las especies de obligaciones contractuales, el sistema de imputación de responsabilidad civil por incumplimiento contractual es objetivo con dos salvedades: la primera, ya reiterada y constituida por algunos casos de obligaciones de hacer, y la segunda, que se califica de muy importante, compuesta por las demandas de incumplimiento contractual dolo-

so. En respaldo de sus conclusiones, este tratadista presenta los siguientes razonamientos:

En las *obligaciones de entregar*, que devienen como prestación de los contratos con efectos reales, es decir, transferir o constituir derechos reales, donde la constitución o las transferencias de derechos reales tienen lugar por el solo consentimiento, no es posible eximir de la entrega del bien al transferente o constituyente bajo el argumento de haber empleado la diligencia exigible, bajo pena de caer en el absurdo. Cosa distinta es que el obligado a entregar, haya cumplido con la diligencia exigible en la conservación de la cosa y ésta haya perecido por causa no imputable a él, caso en el que sí quedará liberado de la entrega. Pero, no debe confundirse la prestación de entregar con la sub prestación de conservar. Por otra parte, se pregunta, sobre si el deudor que incumple una obligación dineraria podría encontrar liberación de responsabilidad demostrando haber empleado la diligencia exigible. Al respecto, cabe la digresión de señalar que el CC de 1975 cuenta con amplia normativa por la que incorpora la teoría del riesgo, de forma específica y única para esta especie de obligaciones, además de legislar sobre el perecimiento total o parcial, incumplimiento temporal y otros.

En las *obligaciones de no hacer*, el análisis es más simple. Si el obligado a la abstención incumple su obligación, lo que equivaldría a haber hecho lo que no tenía que hacer y lo hace, viola su deber de cumplimiento y, de consiguiente, no podrá buscar liberación de responsabilidad con el argumento de haber empleado la diligencia exigible, porque simple y llanamente la abstención no requiere de diligencia alguna.

En las *obligaciones de hacer*, el análisis es algo más complejo. Comienza por diferenciar sus subespecies: las de *obra* y las de *servicios*. En la primera sub especie al igual que en la prestación de entregar, no es posible la liberación del deudor por cumplimiento de la diligencia exigible. Considérese contratos de construcción de edificios, instalación de fábrica llave en mano, limpieza de vidrios de ventanas, elaboración de un retrato u otros, en los que no cabe tal liberación. Claro está que, en algunos de estos contratos de obra, puede darse liberación por cumplimiento de la diligencia debida, pero, solo respecto del deber de custodia y nunca sobre el deber de cumplimiento de la prestación principal. Así, por ejemplo, la del constructor cuyos insumos los recibe el comitente y, entre tanto los utilice, está obligado a su custodia. En la subespecie *servicios*, algunas de las prestaciones, podrían dar lugar a la liberación del deudor que incumple la prestación principal pero no en todas ellas. Propone considerar casos como el del servicio de transporte de bienes que requieren permanecer refrigerados hasta su destino, el transportista cuyo sistema de enfriamiento falló en algún momento o que no usó la temperatura adecuada y conveniente, no podrá evitar su responsabilidad con base a demostrar la diligencia exigible, y, así como este caso de servicio, en muchos otros casos de la misma subespecie. Por otra parte, y dentro de esta misma subespecie, se tiene a las obligaciones de medios, cuyas prestaciones no comprometen la obtención de un resultado, sino la de emplear ciencia, técnica, diligencia y prudencia en procura del resultado, casos en los que la parte insatisfecha tendrá que estarlo sobre los medios empleados y no sobre el resultado y, además, para lograr resarcimiento de daños tendrá que probar la negligencia o imprudencia o impericia y/o la culpa *in re ipsa* del obligado. Sin embargo, estos casos requieren de dos considera-

ciones. La primera referida a que, en la propia doctrina tradicional, estos casos constituyen excepción al principio de presunción de culpa por el solo incumplimiento; la segunda y por obra de la jurisprudencia, vienen reduciéndose los ámbitos de su aplicación. Así se tiene que, en algunos servicios médicos, como por ejemplo la cirugía estética y, con ella, muchas que son frecuentes y de antigua práctica como la histerectomía y la apendicetomía, comprenden obligaciones de resultados y no de medios. Lo mismo viene sucediendo con las prestaciones de servicios profesionales debidos, en muchos casos, al avance de la ciencia y la técnica.

Por su parte, Visintini (1996), realiza un amplio análisis doctrinal y jurisprudencial sobre el incumplimiento del deudor y su responsabilidad. Quizá, la mejor síntesis de su posición sea la calificación peyorativa que le otorga al Art. 1176 del CC italiano de 1942 que corresponde al Art. 302 (Diligencia del deudor) del CC de 1975.

Comienza refiriendo que en la cultura doctrinal italiana se tiene conciencia de que el Art. 1218 del CC de 1942 (Art. 339 del CC de 1975) “representa un intento del legislador de resumir en una normatividad uniforme, una casuística muy variada a causa justamente, de la diversa naturaleza de las obligaciones contractuales y no contractuales y a los diversos modos de incumplimiento” (pp. 91-92). Afirma que:

el complejo problema de los límites y de los criterios de responsabilidad del deudor se resuelven con las expresiones muy generales ‘imposibilidad’ y ‘causa no imputable’ a las que se agrega normas diseminadas en el código civil, unas

veces parafraseándolas, otras integrándolas y otras proveyendo excepciones (p. 92).

Refiere, además, a la serie de reglas dispuestas en el apartado dedicado a los contratos en particular, que prevén la incolumidad física de la persona contratante, las referidas a la violación del deber de conservación de bienes en las que se encuentran expresiones similares a *causa no imputable* tales como caso fortuito, fuerza mayor o a acontecimientos que se sustraen al control del deudor y resultan en impedimentos que no le son imputables.

Describe el doble uso de las locuciones *culpa-negligencia* y *culpa-incumplimiento*, origen de malos entendidos cuando se hace referencia a la equívoca expresión de *culpa contractual*. Con esto, hace la precisión de que en el contexto del Art. 1218, lo que cuenta es el *incumplimiento* como hecho antijurídico fuente de responsabilidad. Agrega consideraciones sobre que la violación a los deberes de conducta por parte del deudor constituye también incumplimiento por su carácter de accesorio e instrumental, criterio respaldado por amplia doctrina que, contribuyó a que los jueces abandonen su desconfianza a los deberes de conducta y hoy sean fuente jurisprudencial de responsabilidad.

En cuanto a la imposibilidad de cumplir, esta tratadista, sostiene que el Art. 1218, literalmente dispone que “el deudor debe cumplir hasta los límites de la posibilidad física y jurídica” y, por otra parte, que la “imposibilidad sobreviniente está regulada por el Art. 1256” (artículos 379 al 383, bajo el capítulo dedicado a la imposibilidad sobreviniente por causa no imputable al deudor del CC de 1975) y a los que agrega con base doctrinal y jurisprudencial como causas de imposibilidad a los hechos de autoridad pública; los impedimentos inherentes a la provisión de obligaciones gené-

ricas; los eventos naturales; el hecho de tercero; el hecho del acreedor; la naturaleza y vicio de la cosa; e impedimentos personales del deudor.

Visintini (1996), trata en apartados separados los temas referidos a los deberes de diligencia previstos en la parte de los contratos en especial y a las obligaciones de medios creada por la doctrina y receptada por la jurisprudencia. Casos estos que señala que, conforme a doctrina, tienen la condición de excepciones a la regla y que en verdad se aprecia mejor como subsistema basado en la culpa en sentido estricto, con sus ya mencionadas subespecies: negligencia, imprudencia, impericia e *in re ipsa*.

Respecto de la *causa no imputable*, Visintini (1999) sostiene que si bien la teoría de Ostti, quien fuera miembro de la comisión codificadora, insistía en la necesidad de agregar al vocablo imposibilidad los términos *objetiva* y *absoluta*, lo cual no fue acogido por los legisladores y no cabe duda que es ese el rigor de la regla. En su análisis de la jurisprudencia italiana, dice que ésta sí agrega al requisito de la imposibilidad el carácter de ser *absoluta* para contrarrestar a las meras dificultades de cumplimiento y que reserva el uso del adjetivo *objetiva* para las hipótesis de eventos ajenos a la esfera del deudor y de *subjetiva* para aquellos que se originan o tienen lugar tanto en el propio deudor, como en los de la esfera bajo su control.

Respecto de la *diligencia del deudor*, afirma no haber explicación alguna de la extensión del criterio de diligencia a todas las obligaciones, por no existir ningún testimonio en los trabajos preparatorios y, que tal ausencia junto a la falta de reacción de los primeros comentaristas, debió deberse a que, tanto para la doctrina como

para la jurisprudencia de la época, no constituía una novedad, porque el tema era más de derecho aplicado que legislado y, en cuya aplicación, la jurisprudencia no le dio tal extensión, al considerar que la responsabilidad del deudor está fundada en el hecho objetivo del incumplimiento y que, por otro lado, el CC italiano no ha pretendido afirmar la irrelevancia de la culpa-negligencia en el campo de las obligaciones de medios ni en el deber de custodia.

Del análisis de las posiciones doctrinales expuestas, se observa que los sistemas de imputación objetiva y subjetiva de responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual, refieren cada uno de ellos dos subclases o subgrupos de obligaciones contractuales. El sistema subjetivo establece estos subgrupos utilizando como diferencia específica a la *carga de la prueba de la culpa*. En uno, se *presume* la culpa del deudor que ha incumplido y, en el otro, *corresponde al acreedor dicha probanza*. A su vez, el sistema objetivo los establece con base a los criterios de *general y de excepción*. Así, toda responsabilidad por incumplimiento de obligación contractual es de imputación objetiva, excepto en los que la ley dispone expresamente un deber de diligencia para determinados tipos de contratos y para algunas de las prestaciones que pertenecen a la especie de obligaciones de medios.

Por otra parte, ambos sistemas incorporan en sus respectivas subclases, colectivos de los mismos tipos de obligaciones, pero con criterio o nomenclatura diferente. De donde se infiere, que la subclase cuya diferencia específica es la *presunción de culpa*, corresponde exactamente a la subclase denominada *principio*, al igual que las dos restantes subclases: *carga de la prueba para el acreedor y excepción*.

Finalmente, se observa también, que los tratadistas consultados omiten referirse al incumplimiento contractual doloso, salvo el profesor Sergio Urréjola Santa María (2011), que advierte que tal incumplimiento doloso es una excepción al principio, es decir que corresponde al sistema de atribución subjetivo.

Por lo expuesto, y salvando la postura del profesor Doménico Barbero (1967), que se descarta por la observación ya propuesta, se concluye que desde la óptica de la responsabilidad civil hay dos especies de incumplimientos contractuales. La primera, que agrupa a los casos de incumplimiento de *deberes de diligencia* expresamente legislados en tipos de contratos específicos, a las obligaciones de medios cuyos incumplimientos requieren del *elemento culpa* para generar responsabilidad civil y a todos los incumplimientos *dolosos* de obligaciones contractuales. La segunda, determinada por exclusión, y constituida por todos los incumplimientos de obligaciones contractuales que no pertenezcan al primer grupo. Por tanto, se estima que dichas especies bien podrían denominarse respectivamente: *responsabilidad subjetiva por incumplimiento de obligación contractual* y *responsabilidad objetiva por incumplimiento contractual*. La justificación a lo propuesto, encuentra razón en las siguientes afirmaciones emergentes del análisis en curso:

La *diferencia* de contenido de las locuciones *culpa-negligencia*, como falta al deber de diligencia (Art.- 302), y *culpa-contractual*, como falta al deber de cumplimiento (Art.- 291), no tomada en cuenta por una buena parte de la doctrina tradicional constituye una de las causas de confusión y origen de la contraposición de las doctrinas objetiva y subjetiva de atribución de responsabilidad.

De origen, ni el CC napoleónico ni el CC de 1831 establecieron como requisito general de la responsabilidad por incumplimiento contractual al elemento *culpa-negligencia*, sino solo para los deberes de custodia previstos para algunos tipos contractuales.

La irreductibilidad del vocablo *imposibilidad*, contenido en el Art. 339 del CC de 1975, no permite la inimputabilidad del deudor por cumplimiento del deber de diligencia, esta inimputabilidad deviene solo para determinados casos de específica regulación normativa y para otros que devienen de la jurisprudencia, entendidos no como excepciones sino como subsistema.

La liberación de responsabilidad del deudor que no cumple, está constreñida a su *imposibilidad absoluta y objetiva*, así como a su *inimputabilidad* no solo personal sino extensiva a todo el ámbito de su competencia. Tales requisitos traen la consecuencia de que el mencionado Art. 339 pone en cabeza del deudor el riesgo del incumplimiento debido a causas que, si bien pueden no ser atribuibles estrictamente a él, no cumplan con los mencionados requisitos.

La responsabilidad por *culpa-negligencia*, es acogida por el CC de 1975 conforme a la tradición que deviene del CC napoleónico, salvo por el Art. 302, cuya ubicación lleva indebidamente a la conclusión que dicha diligencia es exigible en todos los contratos y que su cumplimiento es causa de inimputabilidad. El sistema de deberes accesorios de conducta, que devienen del principio general y supremo de la buena fe, constituyen un sistema más completo y útil que el de la culpa y su gradación.

## **8. Conclusiones**

Como conclusión principal a esta aproximación al requisito de la culpa en el incumplimiento contractual se propone la hipótesis siguiente:

Es vana la discusión doctrinal entre las posiciones doctrinales objetiva y subjetiva de imputación de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales, en razón a que ambos sistemas coexisten en el contenido del Art. 339 y que, la aplicación de una u otra depende de la naturaleza de la obligación contractual incumplida, dando lugar a las subespecies de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones contractuales objetiva y subjetiva.

De contar con aceptación la hipótesis propuesta, el corolario será que: el Art. 302 debe ser interpretado restrictivamente como requisito de la responsabilidad por incumplimiento contractual subjetivo.

## 9. Referencias

- Barbero, Doménico (1967). *Sistema del derecho privado*. (Traducido por Santiago Sentis Melendo). Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa – América.
- Betti, Emilio (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Madrid, España. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Congreso Argentino. (7 de octubre de 2014). Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994 de 2014). Buenos Aires, Argentina. Infojus. Recuperado de [http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf)
- Gastaldi, José María (1994). La buena fe en el derecho de los contratos. Su consagración desde el Código Civil de Vélez Sarsfield. En Córdoba, Marcos (dir.); Kluger, Viviana (coord.) y Garrido, Lidia (coord.) (1994): *Tratado de la buena fe en el derecho*. Tomo X (p. 303). Buenos Aires, Argentina. Fondo Editorial de Derecho y Economía (FEDYE).
- Gil y Gil, José (2003): *Autotutela y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, España. Editora Centro de Publicaciones del Ministerio de justicia. Recuperado de [https://books.google.com.bo/books?id=ppe\\_NL-xZNYC&pg=PA98&lpg=PA98&dq=%E2%80%9CEs](https://books.google.com.bo/books?id=ppe_NL-xZNYC&pg=PA98&lpg=PA98&dq=%E2%80%9CEs)
- Messineo, Francesco (1971). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa – América.

- Morales, Carlos (1977). *Código Civil concordado y anotado: con arreglo a la edición oficial*. La Paz, Bolivia. Primera Edición. La Paz, Bolivia. Editorial Los Amigos del Libro.
- Mosset Iturraspe, Jorge (2001). *Responsabilidad por daños* Buenos Aires, Argentina. Rubinzal – Culzoni Editores.
- Presidencia de la República de Bolivia (6 de agosto de 1975). Código Civil, Código de Procedimiento Civil. (Decreto Ley N° 12760 de 1975). Gaceta Oficial de Bolivia N° 800 del 15 de agosto de 1975.
- Presidencia de la República de Francia. (21 de marzo de 1804). Código Civil Francés. (Actualizado por Ley N° 2013-404 de 17 de mayo de 2013). (Traducido al español); Diario Oficial de la República de Francia. Recuperado [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code\\_41.pdf](https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf)
- Solarte, Arturo (2004). *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Vniversitas, 282-315. Pontificia Universidad Javeriana, recibido en fecha 12 de noviembre de 2004. Recuperado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/108/cnt/cnt7.pdf>
- Urrejola, Sergio (2011). *El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil*. Santiago de Chile, Chile. Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri N° 17.
- Visintini, Giovanna (1999). *Tratado de responsabilidad civil; Tomo uno: La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad*. (Traducido por Kemelmajer, A.). Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.